

A FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO: EM BUSCA DO SENTIDO DE UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Marcelo Barros Jobim

Professor de Direito Constitucional. Mestre em Direito Público pela UFPE. Autor do livro *Pena de Morte no Brasil: um desafio às cláusulas pétreas*. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

[...] pourquoi négligerions-nous le vrai type du bon, pour nous en tenir à imiter une copie? Élevons-nous tout d'un coup à l'ambition de vouloir nous-mêmes servir d'exemple aux nations.¹

Sieyès

1. O eterno descobrimento do Brasil

É realmente possível conhecer o Brasil por meio de sua História? É possível e válido avaliar a evolução político-constitucional brasileira a partir de teorias constitucionais tradicionais? Se possível, como identificar a existência de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada à realidade histórica e social brasileira? (CANOTILHO, 1994, p. 154).

São questões dessa natureza que nos aventuramos a enfrentar neste trabalho. Sem desmerecer os esforços teóricos de importantes pensadores da teoria constitucional, procuramos filtrar suas ideias, e associá-las ao pensamento de autores brasileiros, com o escopo de melhor interpretar a experiência constitucional do Brasil ao longo do tempo.

Seguindo a proposta da presente coletânea, que pretende trazer temas metajurídicos para a compreensão do universo do Direito, e ao mesmo tempo em sintonia com a meta do estudo ora desenvolvido de fazer uma análise da teoria constitucional a partir da contribuição de pensadores brasileiros, fazemos nossa a observação do mestre Bonavides:

Não é unicamente a economia, nem exclusivamente a sociologia, nem tampouco a ciência política que se acham capacitados a nos ministrar essa modalidade de subsídios básicos, senão também a história constitucional propriamente dita, aquela volvida para a experiência política do passado, obrigando-nos a reflexões críticas, arrastando-nos sobretudo à avaliação de erronias e acertos, acerca dos quais uma estimativa de consciência nos furraria de repeti-los, conjurando por essa via desastres, surpresas e emboscadas (CANOTILHO, 1994, p. 154).

Num artigo publicado em periódico com circulação em Alagoas, sob o título “Que História é Essa?”, em abril de 2000, ou seja, durante as comemorações dos 500 anos do

¹ “[...] por que negligenciariamos o verdadeiro modelo do bem, limitando-nos a imitar uma cópia? Elevemo-nos de uma vez à ambição de quereremos nós mesmos servir de exemplo às nações”. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que Le Tiers État?* Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 46.

Brasil, formulei algumas observações pertinentes. É justamente a partir desse texto que reproduzo os pontos para estabelecer as ideias iniciais do presente estudo.

Entendo que não se deve confundir verdade com realidade e que é necessário ter a noção de que a História não é apenas uma análise fria e oficial do passado. Devemos, sim, construí-la no dia-a-dia para que no futuro ela não seja ensinada de outra forma.

Em primeiro lugar, da polêmica para saber se foi Cabral ou Pinzón quem primeiro chegou realmente em Porto Seguro, ou em Cabo de Santo Agostinho, ou em qualquer outro lugar, o que se pode dizer é que na verdade esse lugar não foi no Brasil... ainda. Considero equivocada a expressão “descobrimento do Brasil”, porque não se poderia descobrir o que não existia, ou seja, um País ou um Estado nacional. Na verdade, a descoberta foi a de uma terra apenas habitada por índios.

Não estou a desmerecer a figura dos primeiros habitantes desta belíssima terra que, séculos depois da chegada dos europeus, veio a se transformar em território de um sofrido País. Até porque, do estudo de Teoria Geral do Estado, depreende-se que Nação é todo território devidamente habitado por uma população de mesma língua, cultura e costumes.

A diferenciação entre Estado e Nação já foi enfrentada por diversos autores, dentre eles Dallari, que nos traz a seguinte lição:

Em conclusão, o Estado é uma sociedade e a Nação uma comunidade, havendo, portanto, uma diferença essencial entre ambos, não se podendo dizer, com propriedade, que o Estado é uma Nação ou que é um produto da evolução desta. Para obter maior integração de seu povo, e assim reduzir as causas de conflitos, os Estados procuram criar uma *imagem nacional*, simbólica e de efeitos emocionais, a fim de que os componentes da sociedade política se sintam mais solidários.

[...]

Assim, a submissão a um governo comum, o uso da mesma língua, a aceitação de muitos valores culturais comuns, bem como a comunidade de interesses, tudo isso é insuficiente para fazer do Estado uma Nação, mas é útil para a obtenção de maior solidariedade na persecução dos objetivos da sociedade política (DALLARI, 2006, p. 137).

Se identificarmos as características acima de Nação nas comunidades nativas formada pelos índios, podemos dizer que o que foi realmente “descoberto”, no sentido etimológico da palavra, foi uma terra povoada por *nações indígenas*.² Interessante constatar a presença de outros povos nesta terra que, na visão dos portugueses, era recém-descoberta. Ninguém melhor do que um pertencente à cultura indígena para nos contar essa parte da história:

Ao longo de cerca de 5.000 anos, até a chegada dos portugueses, muitos povos vindos do outro lado do oceano passaram pelo Brasil. Alguns vinham comercializar com os antigos daqui, outros vieram se aventurar, e outros ainda realizar operações até hoje misteriosas para os estudiosos, além de

² Observe-se a característica da solidariedade apontada por Dallari, a fim de identificar o conceito de Nação, e a referência à “tradição solidária dos grupos indígenas”, feita por Darcy Ribeiro em **O Povo Brasileiro – a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 170.

colonizações esparsas. Por aqui aportaram egípcios, cananeus, tártaros, babilônios, fenícios, hititas, hebreus.

A presença deles está registrada em escritas rúnicas em pedras milenares, ou seja, a escrita dos vikings, assim também em escritas de características fenícias, hebraicas, tártaras (JECUPÉ, 1998, p. 45).

Sendo mais realista, a nossa formação como Estado brasileiro foi fruto da usurpação de uma cultura, cujos massacres já foram retratados em obras literárias e filmes, com destaque para o fato histórico da “conquista” dos sete povos das missões, no Rio Grande do Sul, início do século XIX.

A importância desse raciocínio é a compreensão de que, na verdade, o Brasil não foi descoberto, mas sim elaborado, *construído* ou formado e, ainda, só a partir de três décadas depois do descobrimento das nações indígenas. Quer dizer, deve-se evitar a noção de que ele tenha aparecido, de uma vez, a partir do momento em que os portugueses viram impossibilitado o comércio de especiarias com as Índias e iniciaram a colonização.³ (COSTA; MELO; 1999, p. 37). Na verdade, aquela “construção” da identidade política e cultural brasileira começou daí.

Esse processo de formação do Estado brasileiro pode ser definido por meio do que Pontes de Miranda (1953) denominou de “Proto-Estado”, ou seja, as assimilações metajurídicas do ente político soberano. Para o jurista alagoano, toda teoria do Estado seria eminentemente uma teoria jurídica. Partindo desse entendimento, é fácil constatar que não se haveria como falar em Estado brasileiro durante os períodos pré-colonial, o da colonização, ou mesmo da sua “promoção” a Reino Unido à Portugal em 1815.

A história de “descobrimento do Brasil” pode passar uma ideia errada de que nós estávamos aqui e finalmente fomos encontrados pelos heróicos portugueses que nos conduziram ao cenário político internacional. Na verdade, a chegada dos europeus deve ser vista pela ótica dos índios como, de fato, foi brilhante e misticamente definida como “a invenção do tempo”,⁴ por Kaká Werá Jecupé, em seu belíssimo livro.

Um dado elementar pode corroborar o entendimento de que “descobrimento do Brasil” é uma ideia falsa. Basta comparar a História do Brasil com a dos Estados Unidos. Com formação histórica de características relativamente semelhantes, resguardadas as devidas diferenças econômicas e políticas, ambos foram colonizados por exploradores

³ Os livros de História do Brasil nos contam que durante 30 anos, entre a chegada de Cabral e o início do processo de colonização, “o Brasil foi relegado ao esquecimento”. Tal período ficou denominado como *Pré-colonial*.

⁴ A ideia de “invenção do tempo” parece inferir uma forma mística, própria da cultura indígena, de traduzir os fenômenos da natureza. Ela indica que, com a chegada dos europeus, o modo de vida natural dos índios foi obrigado a conviver com a tradição ocidental representada pela abordagem analítica do pensamento do homem “civilizado”, no qual a contagem em números se aplica a todos os setores das relações humanas, inclusive a noção de tempo. Para um estudo da relação entre racionalidade e misticismo, como métodos de conhecimento, ver CAPRA, Fritjof. **O Tao da Física: um paralelo entre a Física Moderna e o Misticismo Oriental**. São Paulo: Cultrix, 1983; GOSWAMI, Amit. **O Universo Autoconsciente: como a consciência cria o mundo material**. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Ventos, 2003; NUNES SOBRINHO, Rubens Garcia. **Platão e a Imortalidade: mito e argumentação no Fédon**. Uberlândia: EDUDFU, 2007.

européus, eram pertencentes ao mesmo continente descoberto, e se tornaram Estados por um processo de independência. Sem contar que, em ambas as histórias, há também o registro da destruição de culturas nativas.

Mas, percebe-se que é apenas na História do Brasil que encontramos a noção de “descobrimento” do ente político que se tornou independente séculos depois da chegada dos europeus. Entretanto, não há referência na História dos Estados Unidos a um “descobrimento dos Estados Unidos”, pois a principal referência que se faz é ao descobrimento, ou descoberta, do continente americano, elegantemente narrada por Cristóvão Colombo em seus *Diários da Descoberta da América*.

Apenas para ilustração, eis o trecho final de uma de suas “Cartas do Almirante aos Reis Católicos”:

Que chore por mim quem ama a caridade, a verdade e a justiça. Não fiz esta viagem para obter honrarias e riquezas porque a minha esperança já estava completamente morta. Dirijo-me às Vossas Majestades com a melhor das intenções e desvelos. Suplico-vos humildemente que, se a Deus aprouver tirar-me daqui, que aja por bem abençoar a minha ida a Roma e a outras romarias. Cujas vida e augusto estado guarde e engrandeça a Santíssima Trindade. Escrito nas Índias,⁵ na ilha da Jamaica, a 7 de julho de 1503.⁶

Mas, desde quando podemos dizer que a *terra brasílis* começou a ser realmente o Brasil? Compreende-se que um verdadeiro País, ou Estado, é aquele regido por leis próprias, promulgadas por seus legítimos representantes. Para isso, temos a formação de um Poder Constituinte que vai elaborar a primeira Constituição, documento equivalente a um registro de nascimento de qualquer Estado nacional.

Sabe-se, então, que o Brasil, ou o que viria a ser ele, demorou muito para ter uma legislação genuinamente brasileira, tendo sido vigente até o ano de 1521 as Ordenações Afonsinas, depois as Ordenações Manoelinas, até 1603, e a partir daí as Ordenações Filipinas que, como se vê, carregavam os nomes dos respectivos soberanos europeus (dois portugueses e um espanhol, respectivamente) correspondentes a cada época.

Vale observar que essas Ordenações lembram a referência de Uadi Lammêgo Bulos à classificação de Jorge de Miranda denominada de “heteroconstituição”,⁷ ou seja, um tipo

⁵ O explorador nem sequer se deu conta de ter descoberto um novo continente, pois pensava se encontrar nas Índias, para onde teria viajado por outra e desafiadora rota. Da mesma forma, o famoso grito de “Terra à vista!” da tripulação de Cabral foi dirigido a um lugar até então desconhecido por eles, segundo a História oficial. Uma observação importante é que, se levarmos em consideração a existência de povos na nova terra recém-descoberta, para descaracterizar a idéia de “descobrimento” do Brasil, esse entendimento também se aplicaria ao próprio continente americano, que também já era habitado, e só foi *descoberto* na visão dos europeus.

⁶ COLOMBO, Cristóvão. **Diários da Descoberta da América: as quatro viagens e o testamento**. Trad. Milton Persson. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 205.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9 ed. São Paulo, 2009, p. 42. Embora as Ordenações não possam ser vistas como Constituições, elas pareciam representar esse caráter de heterogeneidade legislativa na forma como vigoravam na época.

de Constituição que reúne a vontade de vários povos e é elaborada por uma única autoridade soberana.⁸

Sob a perspectiva do Constitucionalismo, o Estado brasileiro só pode ser visto como tal a partir de sua primeira Constituição, em que pese todas as implicações relativas à legitimidade de sua formação, do que trataremos adiante. O vínculo entre Estado (e/ou Sociedade) e Constituição foi definido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mais precisamente em seu art. 16, que dispunha: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes for determinada, não possui Constituição”.⁹

A Declaração Francesa foi um dos marcos mais importantes para a versão clássica do Constitucionalismo ocidental. Este preceito do art. 16 supracitado talvez seja o limite do aspecto de *generalidade* atribuído à Teoria *Geral* da Constituição, cuja aplicação para se compreender as peculiaridades dos respectivos Estados constitucionais deve se ater ao “constitucionalmente adequado”.

Não se nega a importância de valiosos estudos de doutrinadores estrangeiros, mas parece-nos que a realidade constitucional brasileira deve ser compreendida a partir de dois pontos principais: das particularidades da história nacional, e das análises desenvolvidas por pensadores brasileiros.

Sem essa abordagem, estaremos sempre repetindo vícios do passado, na tentativa de aplicar teorias estrangeiras como se fossem fórmulas prontas e adaptadas a qualquer realidade política. Daí a dificuldade, muitas vezes, de se organizar certos institutos políticos, a exemplo do federalismo brasileiro, do sistema de controle de constitucionalidade, dos métodos de aplicação constitucional, da validade de normas internacionais na ordem jurídica interna, da efetividade de direitos fundamentais etc.

Devido a essa forma equivocada e elitista de “fazer ciência”, quase sempre determinada por uma vaidade acadêmica, mascarada pelo pomposo método (e nem sempre corretamente aplicado) de “direito comparado”, ficamos submetidos a uma verdadeira dependência intelectual de herméticas teorias estrangeiras, originadas de pesquisas que se debruçam sob outras e distantes realidades.

Em consequência, resulta o que magistralmente está expresso nas vibrantes lições de Holanda:

A tentativa de implantação da cultura européia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas

⁸ A perspectiva de uma “heteroconstituição”, a partir da visão de BULOS, foi oportunamente observada pelo colega professor Márcio Rocha, mestrando pela UFAL, a quem agradeço pela contribuição, em razão da pertinência ao tema abordado neste trabalho.

⁹ **Article 16** - Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra.¹⁰

Considerar nossa história e os estudos de ilustres pensadores brasileiros, fincando raízes em nossas raízes, sem, contudo, criar uma ilha cultural. Interpretar e filtrar as avançadas teses denominadas “alienígenas”. Assim, emancipando-nos intelectualmente, acreditamos poder compreender melhor nossa realidade política. Tal é a proposta deste trabalho que ora apresento.

2. A fase colonial e o problema da fragmentação do poder político

Um dos versos mais contraditórios de nosso Hino Nacional é o que induz a grandeza territorial do Brasil como um dado natural:

*Gigante pela própria natureza
És belo, és forte, impávido colosso
E teu futuro espelha esta grandeza
Terra adorada!*

Mais uma vez, a grandeza natural do Brasil se confunde com a falsa perspectiva de seu descobrimento. No mínimo, temos um *sofisma poético*: tudo que já é próprio da natureza preexiste e pode ser descoberto, nunca inventado; se o Brasil é gigante por natureza, ele preexistia; logo, foi descoberto.

O problema está justamente na premissa menor. A natureza jamais poderia criar, grande ou pequeno, um Estado nacional, o qual é fruto de históricas transformações sociais e políticas; logo, um fenômeno cultural. O Estado é um estágio evolutivo da organização social, a ponto de ser genericamente denominado de “sociedade politicamente organizada”. Como se pode entender, da satisfação das necessidades do homem nasceu a sociabilidade. O Estado surge a partir do momento em que essa satisfação das necessidades em sociedade necessitou do estabelecimento do método coercitivo, daí as implicações relativas ao Direito como força, inerente à sociedade política.¹¹

Pois bem. A natural grandeza referida no Hino só poderia ser associada ao continente americano descoberto. De fato, a grande extensão territorial do novel continente foi motivo de muitas disputas entre os exploradores. Em seu hemisfério sul, tal disputa

¹⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31.

¹¹ Cf. ALBUQUERQUE MELO, Tutmés Airan de. “*Ubi societas ibi jus?*: o Direito e as sociedades primitivas”. In: **Revista de Estudos Sociojurídicos**. Maceió: SEUNE/EDUFAL. Ano 2, n. 2, jan./jun. 2006, p. 15-62. Para o autor, apenas a sociedade *política* exigiria o reconhecimento do Direito, pois as sociedades primitivas eram destituídas de ordem *jurídica*, uma vez que não eram organizadas pelo elemento *força*. Discordamos, ligeiramente, desse entendimento. Para nós, a força é inerente ao poder político, enquanto característica do elemento subjetivo Estado. O direito é o referencial ordenador, ou seja, as regras vigentes na e para uma determinada sociedade, e que seria *viabilizado* pelo convencimento, nas sociedades homogêneas primitivas, ou pela força, nas sociedades políticas complexas modernas. Nestas últimas, o Estado se apresenta como o elemento impositor das regras (direito); ou de uma forma legítima, como nas democracias, ou ilegítima, nas autocracias.

resultou no conhecido acordo entre espanhóis e portugueses, dando ensejo ao denominado Tratado de Tordesilhas.¹²

No lado português, a colônia foi dividida em 12 capitanias, cujos governantes, que receberam as terras da Coroa portuguesa, eram sucedidos por seus descendentes. Assim, as capitanias eram denominadas *hereditárias* e seus governantes, os *donatários*. Entretanto, não teve êxito essa primeira forma de organização política da colônia. Observa Da Silva que

Das doze capitanias, poucas prosperaram, mas serviram para criar núcleos de povoamento dispersos e quase sem contato uns com os outros, contribuindo para a formação de centro de interesses econômicos e sociais diferenciados nas várias regiões do território da colônia, o que veio a repercutir na estruturação do futuro Estado brasileiro.¹³

Como reação a essa dispersão, foi instituído o sistema de governadores-gerais para tentar unificar a organização da colônia. O governo português buscava evitar eventuais dissabores advindos da fragmentação do poder político, causado principalmente pela grande extensão territorial da parte que lhe coube no tratado com a Espanha. Em cada capitania, os donatários exerciam um amplo poder político, cujo controle era dificultado pela precariedade de transporte e comunicação da época. A saída foi estabelecer uma política unificadora

Foi, então, elaborado um documento intitulado *Regimento do Governador-Geral* que estabelecia as regras do governo político colonial. Evidente que muito longe se encontrava esse *Regimento* de ser comparado com uma Constituição, porém, de certa forma, tinha um nítido aspecto de norma constitucional. Se pensarmos em Constituição como uma norma que organiza o poder político, determinando, dentre outras matérias, as competências das autoridades políticas, então teríamos no *Regimento* uma aparência de regra constitucional, uma vez que este documento definia as atribuições do Governador-Geral, o representante da Coroa portuguesa na Colônia.

Essa fragmentação política teve significativos reflexos futuros, o que demonstra que não só foi de tão difícil solução no passado, como nos deixou um legado que causou vários estragos em importantes períodos da história brasileira, se é que nos livramos dele por completo. Eis a precisa observação de Da Silva:

Nesse sumário já se vê delinear a estrutura do Estado brasileiro que iria constituir-se com a Independência. Especialmente, notamos que, na dispersão do poder político durante a colônia e na formação de centros efetivos de poder locais, se encontram os fatores reais do poder, que darão a característica básica da organização política do Brasil na fase imperial e nos primeiros tempos da fase republicana, e ainda

¹² Corroborando o entendimento aqui expressado, a respeito da incoerência do verso que canta o “gigante pela própria natureza”, há de se destacar que a expansão territorial para além do tratado de Tordesilhas se deu pelas empreitadas dos Bandeirantes, em busca de riquezas naturais, alargando a fronteira à oeste do território colonial.

¹³ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69.

não de todo desaparecida: a formação coronelista oligárquica.¹⁴

A relação entre a histórica fragmentação política, na formação do Estado brasileiro, e as características do fenômeno do coronelismo, pode ser destacada aqui como um dos mais genuínos aspectos de identidade político-cultural que delineiam importantes fatores da realidade brasileira contemporânea.

3. Fase monárquica: primeiras influências

Curiosamente, um dos fatos marcantes da história brasileira, o qual impulsionou significativamente sua evolução política, teve origem em um importante evento histórico ocorrido lá na Europa: o bloqueio continental imposto por Napoleão Bonaparte, em 1806. Visando a enfraquecer economicamente a Inglaterra, o imperador francês proibiu os países europeus de comerciarem com os ingleses.

Portugal, que na época amargava uma certa dependência econômica e política com a Inglaterra, viu-se recuado. A solução encontrada foi literalmente fugir para a sua colônia na América. A vinda da família real fez D. João transferir a sede da Coroa para o Brasil, que já apresentava relativos contornos de identidade étnica e cultural e que já havia sido palco de importantes focos de revolta, com destaque para a Inconfidência Mineira, em 1789, de forte influência liberal e de clara motivação emancipatória.

Economicamente mercantilista, Portugal foi instado a adotar o modelo burguês do liberalismo econômico, cuja medida principal adotada foi a abertura dos portos brasileiros para o comércio com outros países, medida necessária para oxigenar a complicada situação financeira causada pelos rebuliços de Napoleão na Europa.

Numa situação geograficamente confortável, e para legitimar sua permanência, em fevereiro de 1815, D. João VI “promove” o Brasil a um relevante *status* político: o de Reino Unido a Portugal. A metamorfose política brasileira passava por um período aparentemente calmo, não fosse a Insurreição Pernambucana de 1817.

Com Napoleão derrotado, mais cômoda era a situação na Europa, mas em Portugal haviam surgido alguns problemas políticos, o que provocou o retorno da família real, não sem algumas suspeitas:

O embarque da família real ocorreu em meio a grande agitação nacional. Espalhou-se notícia de que os navios que conduziram a Corte estavam repletos de ouro, que o tesouro do Banco do Brasil teria sido saqueado. A população revoltada cantava pelas ruas do Rio de Janeiro: “Olho vivo/pé ligeiro/vamos a bordo/buscar dinheiro”. E iriam mesmo, não

¹⁴ *Idem*, p. 72.

tivesse D. Pedro ordenado a dispersão violenta da população que se dirigia ao porto.¹⁵

D. Pedro já havia assumido a regência, por decreto de seu pai, D. João VI que, de volta à Portugal, participava de sessões das cortes portuguesas que, por sua vez, exigiam o retorno de D. Pedro e a recolonização do Brasil. O primeiro e pomposamente autodenominado “Imperador do Brasil” decide ficar, tendo início o processo de independência, oficialmente declarada em 1822.

3.1. Constituição Liberal x Estado Absoluto

A formação da primeira Assembleia Constituinte brasileira foi marcada por uma sucessão de atos que já prenunciavam a conturbada vida constitucional do Brasil, desde a sua convocação, por decreto, passando pela sua dissolução, na forma de um golpe, e finalizando com a outorga da Constituição de 1824. Todos esses atos protagonizados por uma única pessoa: o todo-poderoso “Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil”, D. Pedro I.¹⁶

E aqui, começamos a apontar algumas particularidades do início do constitucionalismo brasileiro.

A Constituição era o elemento fundamental de legitimação do poder político, e tal ideia estava na esteira do pensamento mundial¹⁷, desde a Declaração de Direitos francesa, de 1789, que foi precedida pela Declaração de Independência americana, de 1776. Não se deve esquecer da precoce formação liberal inglesa que, após a Revolução Gloriosa, de 1688, também proclamou o seu *Bill of Rights*, consagrando a essencial doutrina política da supremacia do Parlamento.

Um ponto pode ser destacado como marcante dessa transformação para os novos tempos, e que foi a despersonalização do Poder. A fase política baseada na ideia de um poder associado à figura pessoal do monarca, tão bem representado na famosa frase de Luís XIV, *L'État c'est moi* (O Estado sou eu), foi substituída pela *volunté générale* (vontade geral), de Rousseau. A evolução política trocou o “R” pelo “L”, mudando o Rei pela Lei como a base do poder.¹⁸ Não era mais a vontade unipessoal de um rei, mas a vontade geral da coletividade, representada na lei, que legitimaria todo o processo político.

O Brasil precisava estar em sintonia com os novos tempos, certo?

¹⁵ COSTA, Luís César Amad; A. MELLO, Leonel Itaussu. **História do Brasil**. São Paulo: Scipione, 1999, p. 144.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 328.

¹⁷ Importante assinalar o caráter ocidental do fenômeno político autoproclamado “universal”, inclusive em importantes documentos consagradores de direitos.

¹⁸ Embora, neste caso, tivesse ocorrido uma substituição também de mitos: do direito divino dos reis pela da infalibilidade da razão universal.

Em parte. A primeira constituição brasileira, desperdiçando valorosos movimentos de legitimidade, não só foi imposta por D. Pedro I, como trouxe no seu art. 99 o seguinte e majestoso dispositivo: “*A Pessoa do Imperador é inviolável e Sagrada. Ele não está sujeito a responsabilidade alguma*”. Ora, só neste artigo temos três traços marcantes do Estado Absoluto, o modelo de Estado então recém-superado pela ordem mundial: a pessoalidade, o absolutismo (o que inclui a noção de absolvição dos erros) e a sacralidade.

Apesar disso, a Constituição de 1824 era vista como marcadamente liberal, em razão de suas influências inglesa e francesa, inclusive garantindo direitos civis e políticos aos “Cidadãos brasileiros¹⁹”, em seu Título 8.º. Entretanto, a centralização monárquica era evidente, exercendo o imperador as atribuições do Poder Moderador, inspirado no filósofo suíço Benjamim Constant, e acumulando-as com o exercício do Poder Executivo.²⁰

3.2. Movimentos revolucionários antimonárquicos

É interessante perceber que os movimentos constitucionais, pelo menos assim o foi com os três modelos estudados por Canotilho, apresentaram uma sequência bem definida de três fenômenos sociopolíticos: uma revolução, seguida de uma declaração de direitos e, por fim, a promulgação de uma constituição.

Em primeiro lugar, a Revolução Gloriosa, de 1688, fez surgir na Inglaterra a *Bill of Rights*, o que consolidou a formação de sua constituição de feição consuetudinária. Após, os Estados Unidos, com sua Guerra de Independência, em 1775, seguida de uma Declaração de Independência e da promulgação, em 1787, da primeira constituição escrita do mundo, a Constituição americana, que consolidou o constitucionalismo moderno. Por fim, a Revolução Francesa, de 1789, resultou na Declaração Universal do mesmo ano e, em seguida, a primeira Constituição Francesa, de 1791, a qual, embora tenha tido pouca vigência, não infirma a observação aqui apontada.

No Brasil, não existiu uma revolução de proporções como as anteriores, nem atos solenes de declaração de direitos. Mas, o que se percebe é que aqui ocorreram importantes focos de movimentos revolucionários, desde antes do ato formal de Independência, em setembro de 1822.

No período imperial, portanto, o primeiro momento significativo de ruptura com o então vigente governo monárquico se deu após a brecha ofertada pela abdicação de D. Pedro I, em 1831. Entre avanços e recuos, numa tentativa de desforra contra a dissolução da constituinte, os liberais buscavam efetivar a independência nacional, até então apenas

¹⁹ Na ortografia da época.

²⁰ Não entendo que se possa falar que na fase imperial o Brasil possuía 4 poderes: Legislativo, Judiciário, Executivo e Moderador. Uma das razões da separação dos poderes estava na desconcentração do poder exercido pelo Rei, que detinha todas as funções estatais nas mãos. O pensamento liberal, então, idealizou a separação do Poder em órgãos distintos, que se autofiscalizavam. Sendo aqueles dois últimos poderes exercidos pelo próprio imperador, parece mais apropriado dizer que Executivo e Moderador eram um só. Para todos os efeitos, pelo menos no Primeiro Reinado, o que existiu foi apenas um poder de fato, o do “inviolável” e “sagrado” monarca brasileiro.

aparente. Prepararam, assim, a primeira emenda à Constituição imperial, por meio do Ato Adicional de 1834. Nas palavras de Bonavides:

Tinha aquele movimento uma expressão e cunho singularmente liberal: nele se assentavam também as teses remanescentes do sentimento republicano e federativo, que, em última análise, fora a essência verdadeira e revolucionária da sociedade incipiente, frustrada por acontecimentos e laços coloniais, difíceis de desatar, pois haviam sido a herança de 300 anos de opressão.²¹

Tal tentativa de reforma institucional esbarrou no contrataque das forças reacionárias, representado na intervenção do Senado, cuja vitaliciedade “o identificava mais com os desígnios da Coroa e suas tendências conservadoras ou absolutistas do que com aspirações liberais da vontade nacional”.²²

O fracasso da mudança pela via institucional não impediu que houvesse revoltas populares, iniciadas no período regencial: a Cabanagem (Pará: 1835-40), a Guerra dos Farrapos (Rio Grande do Sul: 1835-54), a Sabinada (Bahia: 1837-38) e a Balaiada (Maranhão: 1838-41). Todas apresentavam inconformismo com o modelo político e econômico da Monarquia. Entre suas bandeiras se encontrava desde ideais republicanos e federalistas até o objetivo mesmo de secessão.

Mais tarde, o movimento de abolição da escravatura se transforma num dos mais eficientes fatores de desestabilização do Brasil imperial, combinada com a forte influência do modelo constitucional americano, que consolidou o ideal do constitucionalismo ao estabelecer a tese da “supremacia da Constituição”.²³

D. Pedro II, que havia sido proclamado imperador por meio do golpe da maioria,²⁴ não resiste às implacáveis investidas dos militares contrários ao seu governo. Assim, é proclamada a República e, pelo Decreto n. 1, de 1889, instaura-se o Governo Provisório, sob o comando do ex-aliado do imperador, o Marechal Deodoro da Fonseca, com amplos poderes políticos.

4. Brasil republicano, Estado federal e presidencialista

Em termos sócio-políticos, pode-se dizer que a transformação do Estado brasileiro nessa fase foi uma passagem de domínio da nobreza aos militares. Assim, numa alusão a um importante sentido que se dá a Constituição, desenvolvido pelo seu conhecido formulador, poder-se-ia perguntar: o que diria Lassale?

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 212.

²² Idem, p. 214. Segundo Bonavides, diferente era o papel exercido pela Câmara dos Deputados que, embora oligárquica, havia temporariedade. O princípio eletivo “mantinha seus membros menos distanciados do sentimento popular e democrático da sociedade brasileira em formação”.

²³ Tese posteriormente desenvolvida cientificamente por Kelsen para quem, numa visão escalonada da ordem jurídica, a Constituição era a norma posta fundamental, fonte última de validade das demais.

²⁴ Com menos de 15 anos de idade, Pedro de Alcântara é aclamado imperador em 1840, um golpe que atendeu aos interesses simultaneamente de liberais e conservadores.

Ferdinand Lassalle, em sua famosa conferência pronunciada em 1863, observou que “todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição *real e verdadeira*. A diferença, nos tempos modernos [...] não são as constituições reais e efetivas, mas sim as *constituições escritas nas folhas de papel*”.²⁵

Para o intelectual alemão, a verdadeira constituição de um país era o que ele denominou de “os fatores reais do poder” que de fato regiam o país. A aspiração dos tempos modernos de se ter uma constituição escrita

Somente pode ter origem, evidentemente, no fato de que nos *elementos reais de poder* imperantes dentro do país se tenha operado uma *transformação*. Se não se tivessem operado transformações nesse conjunto de fatores da sociedade em questão, se esses fatores do poder continuassem sendo os mesmos, não teria cabimento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranquilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa única Carta Constitucional.

De fato, se Lassalle tivesse observado as inovações políticas nessa fase da história brasileira talvez concluísse afirmando que as forças militares representavam o novo fator real de poder, configurando a essência, em termos sociológicos, da Constituição do Brasil de 1891.

Esta constituição, enquanto mera *folha de papel*, simbolizava as verdadeiras aspirações de mudança no tumultuado campo social e econômico, visando a superação do modelo do antigo regime, como, por exemplo, uma economia baseada em uma atrasada atividade agrícola nem toda ainda desprendida da exploração escravocrata.

O Brasil precisava se adequar às alvissareiras promessas da Revolução Industrial, tardiamente pensada e vivida no país.

4.1. Primeira fase republicana: a influência americana

Uma República Velha e uma constituição caduca: eis o que se pode afirmar das características da primeira fase republicana brasileira. É que, não bastasse a compreensível norma disposta no art. 83 da Constituição de 1891, que mantinha em vigor as leis do “antigo regime” que não fossem contrárias ao novo sistema de Governo, o Brasil se espelha, de forma evidente, no modelo constitucional americano construído, todo ele, no século dezoito.

Um dos grandes constitucionalistas da época, Rui Barbosa via no federalismo um princípio firmado na Constituição dos Estados Unidos e transplantado nas principais Constituições da América Latina²⁶. Para o jurista baiano, a forma federativa de Estado estava associada ao controle difuso de constitucionalidade, o qual foi criado pela

²⁵ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 27.

²⁶ BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 3 ed., Campinas: Russell, 2010, p. 68.

jurisprudência americana. Em suas palavras, “a idéia prima das federações é a limitação do Poder Legislativo pela Constituição e a expansão do Poder Judiciário como órgão supremo da hermenêutica constitucional”²⁷.

A forma de governo republicana, a forma federativa de Estado, o sistema presidencialista de governo, o controle difuso de constitucionalidade etc., fizeram surgir por aqui uma inusitada Constituição da República dos *Estados Unidos* do Brasil. O que mais impressiona é a utilização da forma federativa americana como uma verdadeira *fórmula* de organização político-administrativa.

A origem do federalismo brasileiro, embora tenha se inspirado no modelo americano, deste diverge frontalmente, pelo menos em termos históricos. A única semelhança que se pode apontar entre Brasil e EUA é a condição de nações colonizadas em sua origem. Entretanto, as diferenças são muitas e evidentes.

De forma resumida, até porque o presente trabalho não comporta maiores divagações, constata-se que as colônias americanas se autoproclamaram independentes, iniciando com a formação do Estado da Virgínia, em 1776. Após, os Estados americanos, recém formados, inauguram uma união entre Estados, na forma de uma Confederação para, em seguida, instituírem a forma federativa, tendo a Constituição o diploma político que irá unir os então Estados Unidos da América.

No Brasil, as coisas se passaram de forma completamente diferente. Com a independência da Colônia, que passou por um período de Reino Unido à Portugal, o Brasil se transformou em um Estado Unitário por meio da Constituição de 1824, imposta por D. Pedro I. Após 65 anos de Império (rectius: Monarquia), onde as subdivisões territoriais eram denominadas Províncias subordinadas ao Poder Central, o Brasil passa a ser uma República Federativa. Uma norma da Constituição de 1891 (artigo 2.º) é que irá transformar as antigas Províncias em Estados autônomos, cujo poder legislativo terá poderes constituintes para elaborar as respectivas constituições estaduais.

Significa dizer que, enquanto os EUA passaram de um modelo político de direito internacional, para outro de direito constitucional, o Brasil já era um Estado constitucional quando da sua passagem de Monarquia para a República. Tal conformação política levou alguns autores, inclusive, a diferenciar os federalismos americano e brasileiro, caracterizando-os de centrípeto e centrífugo, respectivamente.

Em que pesem as diferenças institucionais e as semelhanças meramente normativas, evidencia-se ainda a gritante divergência de fatores históricos, único ponto de referência substancial para a formação genuína de uma nação.

4.2. A Revolução de 30 e o constitucionalismo social

²⁷ Idem, *ibidem*.

A denominada República Velha foi marcada pelos reflexos dos aspectos do modelo social, criados na fase colonial e mantidos na monarquia, sobre o alvorecer da fase republicana. Dentre eles, destaca-se a eterna crise de unidade política, em razão da grande extensão territorial combinada com as ofertas generosas de terras ofertadas aos primeiros ocupantes da nova terra.

Os latifúndios engendraram uma nociva política dos coronéis, os quais davam importantes sustentações à classe política, a qual disputava com unhas e dentes o apoio destes verdadeiros senhores feudais.²⁸

Esta fase foi rompida com a Revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas. Embora tenha sido um período praticamente sem qualquer parâmetro constitucional, importantes institutos surgiram nessa fase, como a criação do Ministério do Trabalho e o surgimento do primeiro Código Eleitoral, em 1932, o que veio a por fim a denominada “eleição a bico de pena”²⁹ adotada no Brasil até então.

A questão social foi a tônica da Revolução de 1930³⁰. Getúlio Vargas promove uma Assembleia Constituinte, mas antes foi levado a derrotar os revoltosos que se rebelaram em São Paulo, na conhecida Revolta Constitucionalista de 1933. Os direitos sociais foram, então, a marca da Constituição de 1934, fortemente inspirada pela então denominada *Constituição de Weimar*, na Alemanha.

Entretanto, a promessa de um constitucionalismo social, iniciado em 1934, durou pouco tempo. Em 1937, Vargas dissolve o Congresso e revoga a Constituição vigente.

5. Estado Novo: o paradoxo entre Constituição x ditadura

Um fascismo à brasileira: eis o que se pode afirmar das características desta nossa fase política. Vargas outorga a Carta Constitucional de 1937, mas esta não teve efetiva aplicação.

²⁸ Esta fase ficou também conhecida como a República do Café-Com-Leite, tendo em vista o revezamento entre governadores paulistas e mineiros para ocupar o cargo de Presidente da República. Regiões mais atrasadas economicamente ainda hoje sentem as consequências deste modelo sócio-político, ante a existência de verdadeiros currais eleitorais no interior do País, principalmente do Nordeste.

²⁹ **Eleição a bico de pena:** Dizia-se das eleições da velhíssima República, a de antes de 1930. Nestas, como se recorda, o voto não era secreto, mas “aberto”. O sistema de poder vigente tomava três tipos de precaução, para evitar surpresas nos resultados das eleições:

- primeiro, os chefes e caciques políticos, principalmente do interior, orientavam os eleitores a votar em determinados candidatos, e só neles; para isso, entregavam ao votante uma “marmita” (pilha) de cédulas dos candidatos em que deveriam votar;
- segundo, as atas das juntas apuradoras – freqüentemente, as próprias mesas receptoras – eram feitas para mostrar determinados resultados, nem sempre concordes com a contagem dos votos depositados naquela seção;
- terceiro, onde isso não era possível – nas capitais e grandes cidades de então, em que eram eleitos candidatos “indesejáveis”, de oposição – a Câmara e o Senado faziam a “verificação dos poderes” dos que se apresentavam a tomar posse. Aí, muitos dos “indesejáveis” sofriam a “degola”: seus mandatos eram invalidados pela Casa.

Fonte: TSE - http://www.tse.gov.br/internet/institucional/glossario-eleitoral/termos/eleicao_abico.htm

³⁰ DA SILVA, José Afonso. Ob. cit., p. 81.

Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.³¹

O que diria Carl Schmitt se fosse levado a observar este momento político brasileiro? Para o autor alemão da primeira obra de Teoria da Constituição, em importante trecho de seu trabalho

La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de si misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a si misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución *se establece por si misma* sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución *se dé a si misma* es un absurdo manifiesto. **La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da.** Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente.³² (itálicos no original e negritos nossos)

Ora, o entendimento de que a Constituição “vale por virtude da vontade política existencial daquele que a dá” parece permitir a conciliação entre o pensamento de Schmitt e de Lassalle. Sim, porque a partir daí podemos dizer que a Constituição se resume à vontade daquele que representa, no momento histórico específico, o *fator real de poder*.

Isso explica a Constituição do Estado Novo, pois o texto escrito de 1937, mera *folha de papel*, representava a vontade de poder, como decisão política fundamental do então ditador Getúlio Vargas. A tradição brasileira de fortalecimento do Poder Executivo, consolidado nessa fase constitucional, chega a nos permitir um questionamento do papel dos Textos Magnos na história constitucional brasileira.

6. A tentativa de redemocratização via Constituição de 1946

O processo de redemocratização no Brasil pós Segunda Guerra foi marcado pelo retorno de ex-ditador Getúlio Vargas ao Poder, desta vez legitimado por eleições diretas; pelo suicídio do próprio Vargas; pela renúncia precoce de um Presidente, acuado por supostas “forças ocultas”; por uma oportunista experiência parlamentarista; e por uma insidiosa conspiração militar.

A Constituição brasileira de 1946 pode ser considerada uma das mais democráticas da história nacional. Em que pese as implicações relativas ao conceito de constituição real e

³¹ Idem, p. 83.

³² SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992, p. 46.

formal, o novo modelo constitucional “surgiu de um movimento nacional de repúdio ao Estado Novo”³³. A época era vivenciada por uma “grande contradição política”, muito bem observada por Bonavides e Andrade:

O Brasil fora aos campos de batalha da Itália com a Força Expedicionária derramar o sangue de seus soldados pela restauração universal dos princípios de liberdade e democracia da Carta do Atlântico e, no entanto, vivia o País internamente debaixo de um sistema de poder que era a negação mesma daqueles princípios.³⁴

Entretanto, foi exatamente essa empreitada bélica que contribuiu para que o ditador Vargas elege-se um aliado como seu sucessor. É que o General Eurico Gaspar Dutra havia sido o Ministro da Guerra de Getúlio e gozava de “inegável prestígio nas Forças Armadas”³⁵, desbancando o candidato das forças opostas à ditadura, o Brigadeiro Eduardo Gomes.

Como se vê, a partir da perspectiva do sentido sociológico de constituição, definido por Lassale, os militares continuavam a ser os *fatores reais de poder*, desde o início da fase republicana no Brasil. Esta constatação talvez nos leve a ponderar a respeito do retorno de Getúlio Vargas ao Poder, por meio de eleições diretas, no sentido de realçar outras razões para este fenômeno político, além do caráter populista da figura do ex-ditador.

Mais adiante na História brasileira, vamos destacar aqui a renúncia de Jânio Quadros, em 1961. O Vice João Goulart, legitimado constitucionalmente a assumir a Presidência, encontrava-se em visita a países de ideologia socialista.³⁶ Nas palavras de José Afonso da Silva, uma “reação militar” visa impedir a posse do Vice. Não conseguindo, promove-se uma emenda constitucional parlamentarista para lhe retirar poderes de chefe de governo³⁷.

Em 1963, Jango, como era conhecido João Goulart, convoca um plebiscito e consegue o retorno do sistema presidencialista. Com a recuperação dos poderes de chefe de governo pelo Presidente, que havia pronunciado o provocante discurso em prol das reformas de base, inicia-se a conspiração militar, com vista ao golpe concretizado em 1º de abril de 1964.

7. Golpe de 1964: a teoria do “elitismo democrático”

³³ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. Ob. Cit., p. 355.

³⁴ Idem, ibidem.

³⁵ DA SILVA, José Afonso. Ob. Cit., p. 84.

³⁶ O próprio Jânio havia adotado uma política que desagradava externamente os americanos e internamente os políticos da UDN. O então Presidente chegou a receber no Palácio do Governo ninguém menos do que Fidel Castro, e condecorou o astronauta soviético Gagárin e o guerrilheiro Ernesto “Che” Guevara. (ver COSTA, Luís César Amad; A. MELLO, Leonel Itaussu. Ob. Cit., p. 343)

³⁷ DA SILVA, José Afonso. Ob. Cit., p. 86.

Norma fundamental de um lado, tortura de outro: o que diria Kelsen a respeito do laboratório constitucional brasileiro? Talvez, para o grande jurista de Viena, o exemplo brasileiro, no período ditatorial entre 1964 a 1985, servisse como uma luva para o seu modelo teórico-normativo de Constituição.

O positivismo lógico kelseniano, que separa eficácia de vigência ou que abstrai das análises jurídicas quaisquer considerações sociológicas, por supostamente *metajurídicas*, poderia explicar a distância entre os parágrafos do art. 150 da Constituição de 1967 e a realidade político-social então vigente.³⁸ Estes dispositivos traziam os direitos e garantias individuais, os quais foram transpostos para o art. 153 com a Emenda n. 1 de 1969.

Por sinal, só mesmo um “elitismo democrático” poderia explicar a confecção desses dois textos constitucionais. A Constituição de 1967 foi fruto do AI-4,³⁹ que convocou extraordinariamente o Congresso Nacional para discutir e votar a nova Constituição. Segundo Bonavides e Andrade, o ato fixava um cronograma tão rígido para o seu procedimento “que mais parecia tratar-se da abertura de uma nova estrada rodoviária ou da construção de mais uma ponte”.⁴⁰

A Emenda n. 1/69, por sua vez, foi elaborada por uma junta militar encabeçada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, com respaldo ainda, dentre outros atos normativos, no Ato Institucional n. 5, cujos preceitos políticos são historicamente conhecidos.

Para legitimar, pelo menos academicamente, esta espécie de governo sem respaldo social, desenvolveu-se no Brasil uma questionável teoria do “elitismo democrático”, a qual defendia o despreparo do povo para a democracia.

Para José Afonso da Silva, esta teoria confundia pressuposto com objetivo, pois, ao propugnar por uma “democracia possível”, vislumbrava o governo exercido por uma minoria de suposta tendência democrática, a qual visava a abertura política eventualmente possibilitada numa futura maturidade social.

Observa o constitucionalista que, “coerente com sua essência antidemocrática, o elitismo assenta-se em sua inerente desconfiança do povo, que reputa intrinsecamente incompetente”.⁴¹ Atualmente, tal desconfiança se demonstra na dificuldade de se efetivar os mecanismos de democracia participativa presentes na Constituição vigente. Por outro lado,

³⁸ A execução e tortura de dissidentes políticos, no plano do Ser, contrastavam com as normas constitucionais que, no plano do Dever-Ser, *garantiam* a proteção da vida e da integridade física dos cidadãos. Tal fenômeno político é ainda vivenciado hoje, na vigência de uma Constituição democrática. Quanto à ofensa ao preceito constitucional referente à vedação à pena de morte, por meio das atividades ilícitas praticadas por agentes estatais, ver meu livro *Pena de Morte no Brasil: um desafio às cláusulas pétreas*. Maceió: Nossa Livraria, 2008.

³⁹ Os Atos Institucionais – os famosos AIs – foram os instrumentos normativos utilizados pelo governo militar como aparentes normas constitucionais de organização política provisória, já que a então vigente Constituição de 1946 era de índole eminentemente democrática.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. Ob. Cit., p. 434.

⁴¹ DA SILVA, José Afonso. Ob. Cit., p. 127.

claro está que esta “desconfiança” vem atrelada a um medo da classe política de uma revolução via instituições democráticas que implicasse uma autêntica transformação social.

8. A Constituição de 1988 e as crises constituintes brasileiras

Para finalizar nossas observações sobre as peculiaridades político-constitucionais brasileiras, vale especular o que diria Sieyès sobre a Emenda n. 26/85 que convocou a Assembleia Constituinte de 1987. O formulador da teoria do Poder Constituinte ficaria no mínimo confuso com a experiência brasileira.

É que a vigente Constituição de 1988 foi elaborada por um Poder Constituinte, cujo órgão foi formado a partir da convocação determinada por uma emenda à constituição anterior. O político e abade francês, que já observava os inconvenientes de se adotar o modelo inglês de Constituição na vida política francesa, foi o primeiro a teorizar a distinção entre poder constituinte e poder constituído.⁴²

A relação entre o poder que faz uma nova Constituição e o modelo constitucional precedente é de total ruptura. Como admitir, pelo menos teoricamente, que uma emenda à Constituição então vigente possa servir de base jurídica para a formação de outro texto constitucional, promovendo, assim, o seu próprio fim?

Vejamos o que já sustentava Sieyès em sua obra clássica:

Eu não quero dizer que uma nação não possa dar a seus representantes ordinários a nova comissão que se trata aqui. As mesmas pessoas podem sem dúvida concorrer para formar diferentes corpos e exercer, sucessivamente, em virtude de procurações especiais, poderes que por sua natureza não devem se confundir. Mas sempre é verdade que uma representação extraordinária não se assemelha à legislatura ordinária. São poderes distintos. Esta não pode atuar além das formas e das condições que lhe são impostas. **Aquela outra não está submetida a nenhuma forma em particular: ela se reúne e delibera como se fosse a própria nação**, sendo composta, no entanto, apenas por um pequeno número de indivíduos; ela pretende dar uma constituição a seu governo. Isto aqui não são distinções inúteis.⁴³ (negritei)

No Brasil, esse aparente vício formal do Poder Constituinte foi seguido da indesejável formação de uma constituinte *congressual*, em detrimento da denominada *exclusiva*, mais adequada, em tese, à legitimidade da formação constitucional. Não se pode deixar de reconhecer que algumas normas da Constituição de 1988, em matéria, por exemplo, de procedimentos contra parlamentares, demonstram que houve um exercício de legislação em causa própria. Os então constituintes, que mantiveram os mandatos de deputados e senadores (alguns biônicos) após a promulgação do Texto Maior, não teriam interesse em

⁴² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que Le Tiers État?** Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 53.

⁴³ *Idem*, p. 57.

criar mecanismos eficientes para a instauração de processos por crimes comuns ou de responsabilidade eventualmente movidos contra seus pares (ou contra eles mesmos).

Mas isso representou apenas mais um exemplo daquilo que Bonavides chamou de “crises constituintes” brasileiras. Para o autor, desde o primeiro reinado, “uma observação mais percuciente descobrirá a presença antagônica, invariavelmente conflitante, de dois poderes constituintes paralelos, fazendo inevitável a profundidade maior da própria crise constituinte”.⁴⁴

Essa espécie de crise constituinte, que é a própria crise de legitimidade, reflete-se atualmente em dois problemas para os quais Bonavides chama a atenção⁴⁵: a “inconstitucionalidade”, ou seja, um vício no plano político-ideológico, e a “ingovernabilidade”, um vício no plano político-prático.

A vigente Constituição brasileira, admirada por seus vibrantes preceitos fundamentais, bem como por seus importantes institutos políticos de democracia participativa, sofre, desde a sua promulgação, com as causticantes intempéries ideológicas. As investidas, nem sempre legítimas, de governos alternados sempre ameaçaram a pureza dos valores previstos constitucionalmente, tendo em vista a adequação à ordem econômica neoliberal globalizada.

Desde a perspectiva de flexibilização de direitos sociais até a preocupante concepção de um verdadeiro “desafio às cláusulas pétreas”, na forma como demonstrei em meu livro sobre Pena de Morte no Brasil, percebe-se não só um afastamento, mas uma tentativa de perversão das originárias metas constitucionais em termos de valores humanos e sociais. Uma discutível proposta de resolver de forma ilegítima os mais graves problemas sociais criados pelo próprio governo a partir da adoção de uma indiferente e neutra política neoliberal imposta sub-repticiamente pelas potências econômicas.

Entretanto, o Brasil pode e deve se apresentar com outra vertente, aquela que o fez ser palco, em 2001/2002, em Porto Alegre, da primeira edição de um dos mais importantes movimentos sociais: o denominado Fórum Social Mundial, cujo lema foi “um novo mundo é possível”. Tal movimento encerrou um de seus documentos, como bem observou Sérgio Coutinho, “com a afirmação de que o modelo para todas as lutas populares do mundo serão as iniciativas brasileiras”.⁴⁶

9. Conclusão

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 349.

⁴⁵ *Idem*, p. 354.

⁴⁶ COUTINHO, Sérgio. **O movimento dos movimentos: possibilidades e limites do Fórum Social Mundial**. Manaus: Edições Muiraquitã, 2007, p. 98. Vale ressaltar, por pertinente, que o próprio autor faz uma ponderação, ao afirmar que “nem todos os ‘mundos possíveis’ têm semelhanças marcantes com a realidade brasileira” (*Idem*, p. 101).

Partimos, neste ensaio, de uma ideia que propositadamente soa como uma provocação: a tese defendida de que o Brasil não foi descoberto, mas sim gerado durante anos, desde os massacres das nações indígenas, então descobertas, até seu nascimento em 1824, ano da promulgação da sua primeira Constituição.

A formação do modelo político constitucional brasileiro é marcada ora por influências de experiências concretas, transplantadas para a nossa realidade como fórmulas jurídicas acabadas, ora por teorias curiosamente chamadas de *alienígenas* que embasam o campo teórico de nossas doutrinas e dos fundamentos das jurisprudências de nossos tribunais.

Desde “americanófilos” a “germanófilos”, a doutrina constitucional brasileira, em grande parte, adere e difunde conceitos geralmente herméticos e de aplicação duvidosa até mesmo em seus países de origem.

Claro que isso não é uma oposição a uma teoria constitucional baseada num irreversível *interculturalismo*, como demonstrado na tese de Bruno Galindo. Entretanto, tal perspectiva deve ser pensada de forma a perceber os limites e possibilidades de nossa realidade política, historicamente condicionada a fatores tão específicos.

Ademais, nem sempre os paradigmas conceituais estrangeiros são ali observados. Referindo-se à política externa norte-americana, Bruno Galindo faz a seguinte ponderação:

O interesse de manter uma hegemonia política e econômica continental prevalece em relação à exportação de paradigmas político-institucionais. Embora preguem o livre-comércio, os EUA possuem políticas protecionistas veementes para resguardarem seu mercado interno. Embora preguem a democracia e os direitos humanos, apoiaram regimes autocráticos na América Latina, desde que estes garantissem o respeito aos interesses estadunidenses.⁴⁷

É preciso avaliar o que se adota como teorias ou modelos que são desenvolvidos em outras plagas, pois toda forma de hegemonia, seja política, cultural ou científica, compromete a originalidade de uma vivência democrática.

O que se propõe aqui é uma leitura de teorias jurídico-constitucionais estrangeiras a partir das peculiaridades culturais e institucionais presentes na realidade brasileira e vivenciadas em sua história, e não o contrário. O fato não se adéqua ao *logos*, mas a linguagem, sim, especializada ou não, é que deve tentar compreender e explicar toda vivência social de uma dada comunidade. Daí, segundo entendemos, a formação de uma Teoria da Constituição constitucionalmente adequada, sugerida pelo Professor de Coimbra.

Por outro lado, pugna-se pelo resgate das ideias de pensadores brasileiros, sejam sociólogos, cientistas políticos ou historiadores que tão bem, e de forma mais autêntica, interpretaram essa nossa realidade, cujas conclusões devem servir como parâmetros para a compreensão de nossa experiência constitucional.

⁴⁷ GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição: A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 262.

Na verdade, o Brasil ainda está sendo descoberto, e agora não mais pelos portugueses ou por quaisquer outros vínculos estrangeiros, mas pelos próprios brasileiros que devem escrever e pensar a sua própria História, em termos políticos e sociais ou, ainda, com intensa participação política, fazendo jus ao espírito da Constituição brasileira de 1988.

10. Referências

- BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 3 ed., Campinas: Russell, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 9 ed. Brasília: OAB Editora, 2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9 ed. São Paulo, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- COLOMBO, Cristóvão. **Diários da Descoberta da América: as quatro viagens e o testamento**. Trad. Milton Persson. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- COSTA, Luís César Amad; A. MELLO, Leonel Itaussu. **História do Brasil**. São Paulo: Scipione, 1999.
- COUTINHO, Sérgio. **O movimento dos movimentos: possibilidades e limites do Fórum Social Mundial**. Manaus: Edições Muiraquitã, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição: A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JECUPÉ, Kaká Werá. **A Terra dos Mil Povos – história indígena do Brasil contada por um índio**. São Paulo: Petrópolis, 1998.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Luis Francisco. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed., vol. I, São Paulo: Max Limonad, 1953.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro – a formação e o sentido do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que Le Tiers État?** Paris: Éditions du Boucher, 2002.